

DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Nélio Bicalho Pessoa Júnior, Bacharel em Direito pela UFS; Assessor Especial na SSP/SE; Aluno da ESMESE.*

“A família é um fato natural. Não na cria o homem, mas a natureza. (...) Que é que vedes, quando vedes um homem e uma mulher reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser que é o fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre com o seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural.”¹

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Do concubinato à união estável. 3. Direitos sucessórios dos companheiros. 3. 1. Sucessão dos companheiros anteriormente às Leis 8.971/94 e 9.278/96. 3.2. Sucessão dos companheiros nas Leis 8.971/94 e 9.278/96. 3.3. O novo Código Civil e os direitos sucessórios dos companheiros. 3.3.1. Considerações preliminares. 3.3.2. Análise do *caput* do artigo 1.790 do novo Código Civil. 3.3.3. Concorrência do companheiro com os descendentes do *de cujus*. 3.3.4. Concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis. 3.3.5. Haverá possibilidade de o companheiro sobrevivente concorrer com o cônjuge separado de fato? 3.3.6. Situação do companheiro quando inexistentes outros parentes sucessíveis. 3.3.7. É o companheiro herdeiro necessário? Terá direito real de habitação? 4. Considerações finais.

1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Muito embora se trate de assunto bastante discutido, especialmente em relação às leis 8.971/94 e 9.278/96, não existem muitos

estudos com enfoque no novo Código Civil no pertinente aos direitos sucessórios dos companheiros.

A união estável foi tratada no Livro de Família do novo Código Civil, de modo semelhante às leis anteriores que cuidavam da matéria. No que se refere aos direitos sucessórios, no entanto, ocorreu nítido retrocesso, sendo o companheiro sobrevivente colocado em situação inferior ao cônjuge supérstite.

2 - DO CONCUBINATO À UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil brasileiro de 1916 não regulamentou nem proibiu o concubinato. Trouxe, no entanto, dispositivos que penalizavam a concubina. Este Código estabelecia, em seu art. 1.177, a proibição da doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice; no art. 248, IV, legitimação da mulher casada ou herdeiros necessários para reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina; proibição, prevista no art. 1.474, de instituição da concubina como beneficiária de contrato de seguro de vida; como também, o art. 1.719 não permitia que a concubina fosse nomeada herdeira ou legatária do testador casado².

Importante ressaltar o papel da jurisprudência na evolução dos direitos da concubina, culminando com a edição da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que admitia, na dissolução judicial da sociedade de fato entre concubinos, a possibilidade de partilhar os bens havidos pelo esforço comum, para evitar o enriquecimento sem causa³. Não havia, no entanto, direitos sucessórios.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, no art. 226, § 3º, a união estável como entidade familiar, estabelecendo que deveria ela merecer a proteção do Estado. Após a Constituição de 1988, foram editadas as Leis 8.971/94 e 9.278/96 regulando a união estável.

O que era havido por concubinato puro passou a ser entendido como união estável⁴, e, a palavra concubinato passou a ser utilizada para o que se denominava, anteriormente, concubinato impuro⁵. A mudança da expressão concubinato para união estável foi fundamental, uma vez que reduziu a carga de preconceito que havia com a palavra concubinato⁶.

O Código Civil de 2002, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003, reserva um Título do Livro IV para cuidar da união estável, estabelecendo ainda outras disposições relativas aos conviventes em artigos diversos. Cumpre ainda lembrar que o novo Código Civil,

em seu artigo 1.727, distingue união estável e concubinato estabelecendo que as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. Frise-se ainda que, na década de 90, houve construção jurisprudencial no sentido da possibilidade de constituição de união estável, na hipótese de pessoa casada, mas separada de fato. A doutrina assim também entendia. O novo Código Civil, em seu artigo 1.723 § 1º, admite a união estável no caso de pessoa casada, mas separada de fato ou judicialmente.

3 - DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS

Com o reconhecimento expresso da união estável como entidade familiar, pela Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário editou as Leis 8.971/94 e 9.278/96 regulando o direito a alimentos, partilha e sucessão entre os companheiros. Com o novo Código Civil, a matéria de alimentos e regime de bens foi tratada no Livro de Família, consolidando a evolução anterior, enquanto a parte relativa à sucessão do companheiro, em flagrante descompasso com o avanço anterior obtido pelo companheiro, foi prevista no Título das Disposições Gerais do Livro de Sucessões.

3. 1 - SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS ANTERIORMENTE ÀS LEIS 8.971/94 E 9.278/96

O direito à sucessão legítima entre os companheiros surgiu no Brasil após o advento da Constituição Federal de 1988, com a edição da Lei 8.971/94. Se o *de cujus* que mantivesse uma união estável falecesse antes da edição da referida lei, o companheiro sobrevivente não teria direito à herança que seria deferida ao colateral, na ausência de descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente⁷.

Vigora no Brasil o princípio⁸, já previsto no Código Civil de 1916, em seu artigo 1.577, de que a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regula conforme a lei então em vigor.

O regime de bens e o direito a alimentos tiveram como antecedentes a doutrina da sociedade de fato e da indenização por serviços prestados. Já o direito à sucessão legítima entre os companheiros não teve antecedentes no Direito brasileiro, antes da Constituição de 1988.

No que se refere à sucessão testamentária, era admitido que o companheiro fosse beneficiário de herança do outro, como legatário ou herdeiro nomeado. No entanto, é preciso lembrar que isso só era

possível se o testador não fosse casado, pois, o artigo 1.719, III do Código Civil de 1916 previa que a concubina do testador casado não poderia ser nomeada herdeira nem legatária. A jurisprudência, no entanto, inclusive a do Superior Tribunal de Justiça, construiu entendimento de que o testador casado, mas separado de fato, poderia beneficiar a companheira, numa interpretação restritiva do 1.719, III do Código Civil de 1916, isto é, diferenciando concubina de companheira⁹.

3.2 - SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS NAS LEIS 8.971/94 E 9.278/96

Na Lei 8.971/94, foram previstos direitos sucessórios para os companheiros, podendo o sobrevivente, em caso de morte do outro, enquanto não constituísse nova união, ter direito ao usufruto da quarta parte ou da metade dos bens do *de cujus*, se concorresse, respectivamente, com descendentes ou ascendentes do falecido, ou, direito ao total da herança se não houvesse ascendentes ou descendentes do referido.

O direito real de habitação para o companheiro sobrevivente ficou estabelecido no parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96, fixando a lei que, dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente teria direito real de habitação, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

A doutrina pátria passou a entender que o artigo 2º da Lei 8.971/94 não teria sido revogado pela Lei de 1996, coexistindo assim, a possibilidade de usufruto, na forma da Lei de 1994 com o direito real de habitação previsto na Lei de 1996, gerando uma situação mais benéfica para o companheirismo em comparação com os cônjuges, que teria ou um ou outro desses direitos, conforme o regime de bens, como previsto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916.

Para alguns autores, isso era injusto, pois, deveria haver equiparação no tratamento tanto para os casados, como para os que viviam em união estável. Conforme Euclides de Oliveira, “consideram-se excludentes entre si os benefícios de usufruto e habitação”¹⁰. Para Rainer Czajkowski, podia haver o entrelaçamento entre o direito sucessório do usufruto (Lei 8.971/94) e o de habitação (Lei 9278). Quando o imóvel destinado à residência da família fosse o único desta natureza no espólio, incidiria o direito de habitação sobre todo ele, pois a expressão econômica deste direito, neste caso, seria maior que

o do usufruto da quarta parte dos bens. No entanto, se o patrimônio deixado pelo *de cujus* fosse formado por vários bens, inclusive residenciais, o usufruto da quarta parte dos bens seria mais abrangente que o direito à habitação, podendo incidir o usufruto sobre um imóvel residencial, além de outros bens¹¹.

Importante ressaltar ainda que o companheiro sobrevivente só teria direito à sucessão se estivesse convivendo com o outro, no momento do óbito.

Qual seria o direito aplicável quando o *de cujus* fosse casado, mas separado de fato, e tivesse constituído uma união estável? O direito à herança seria da viúva, nos termos do artigo 1.611, do Código Civil de 1916, ou da companheira, nos termos do artigo 2º, III da Lei 8.971/94? O artigo 1.611 do Código Civil de 1916 dava direito à herança ao cônjuge sobrevivente, enquanto não dissolvida a sociedade conjugal. A Lei 6.515/77 estabelecia que a sociedade conjugal terminava com a separação judicial e não apenas com a separação de fato.

Era controvertida esta questão, posicionando-se os autores de maneira diversa. Para Rainer Czajkowski¹², quando existisse união com companheiro casado, mas separado de fato, não haveria a possibilidade de aplicação da Lei 8.971/94, uma vez que o artigo 2º desta fazia remissão ao artigo anterior que só se referia às pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, portanto excluído o caso do separado de fato. A herança caberia então à viúva. É mister salientar, no entanto, que, para o autor retrocitado, o parceiro teria direito real de habitação mesmo se o *de cujus* fosse casado, mas apenas separado de fato, pois tal direito estava previsto na Lei 9.278/96 que não fazia restrição ao estado civil dos companheiros.

Também Euclides de Oliveira¹³ não obstante afirmar que o artigo 1º da Lei 8.971/94 não poderia ser levado em consideração para caracterização da união estável, pois se achava revogado pela nova conceituação dada pela Lei 9.278/96 - asseverava que "o direito do cônjuge viúvo subsiste e prevalece mesmo em hipótese de anterior separação de fato e vida concubinária do autor da herança", porque, neste caso, a precedência do cônjuge era garantida pelo artigo 1.611 do Código Civil de 1916, que só previa, como exceção, a separação judicial.

Diferentemente, Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁴ entendia que, frente ao aparente conflito entre as normas previstas no artigo 1.611 do Código Civil de 1916 e no artigo 2º da Lei 8.971/94, a solução seria no sentido que "o companheiro e o cônjuge sobrevivente herdem conjuntamente a herança deixada pelo falecido".

Outro ponto que merece destaque no assunto de direitos sucessórios é a discussão doutrinária que ocorreu logo após a vigência da Lei 8.971/94, especialmente o inciso III do artigo 2º que estabelecia o direito do companheiro sobrevivente à totalidade da herança, na falta de ascendentes ou descendentes do *de cujus*. Seria então o companheiro sobrevivente, herdeiro necessário, tendo em vista a expressão totalidade da herança?

Alguns autores entendiam que a Lei 8.971/94 tinha atribuído ao companheiro a condição de herdeiro necessário. Prevaleceu, no entanto, a exegese de que o companheiro não poderia ter mais direitos que o cônjuge, sendo assim herdeiro facultativo podendo ser excluído através de testamento. A referência à totalidade da herança, prevista no artigo 2º, inciso III da citada lei, só significava que, inexistindo testamento ou outros herdeiros das classes anteriores, o companheiro recolheria a totalidade dos bens deixados pelo extinto, mas não era herdeiro necessário. Assim também firmou-se a jurisprudência¹⁵.

3.3 - O NOVO CÓDIGO CIVIL E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS

3.3.1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O novo Código Civil cuida da sucessão dos companheiros no artigo 1790. De início, vale registrar que tal dispositivo encontra-se inteiramente deslocado, situando-se nas disposições gerais, quando o adequado teria sido tratar desse tema no artigo 1.829, em conjunto com os demais herdeiros, por se tratar de sucessão legítima. Isso explica-se pelo fato de que o regramento da união estável não constava do Projeto de Lei 634/75.

O projeto do Código Civil, aprovado em 1984 na Câmara dos Deputados, não trazia em seu bojo artigos que disciplinassem a sucessão entre os companheiros. Com a tramitação no Senado Federal, houve a Emenda nº 358, de autoria do Senador Nelson Carneiro, tendo como objetivo suprir a lacuna, resultando daí o artigo 1.802, após emendas do Senador Josaphat Marinho, com a seguinte dicção aprovada pelo Senado¹⁶:

Art. 1802 – Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Era um avanço muito grande no direito sucessório dos companheiros, porquanto inexistente, àquela época, as Leis 8.971/94 e 9.278/96.

3.3.2 - ANÁLISE DO CAPUT DO ARTIGO 1.790 DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Retornando à Câmara dos Deputados (casa iniciadora), da emenda apresentada pelo Senador Nelson Carneiro, no Senado, resultou o artigo 1.790, cuja redação final, entretanto, com texto alterado pelo relator geral, Ricardo Fiúza, na Câmara dos Deputados, foi aprovada com a seguinte redação:

Art. 1.790 – A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (...)

Dessa forma, o Código Civil de 2002 reduziu a possibilidade de incidência do direito sucessório do companheiro à porção da herança que for adquirida onerosamente durante a união estável, excluindo, portanto, a parcela de bens adquiridos antes da convivência, ou mesmo durante a convivência, a título gratuito, pelo companheiro falecido.

O que fez o legislador foi confundir meação com sucessão. Sem dúvida, já estava assente nas leis que regulavam a união estável, na doutrina e na jurisprudência, que o companheiro teria direito à meação dos bens adquiridos, a título oneroso, durante a convivência. Aliás, é isto que estabelece o artigo 1.725 do novo Código Civil quando preceitua que na união estável, salvo contrato escrito entre companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens. É dizer: só se comunicam os bens adquiridos onerosamente durante a convivência.

Todavia, a meação interessa à partilha e não, especificamente, ao direito sucessório. Tal direito tem origem e justificativa diversa da origem e justificativa que orientam a meação. Herdar significa obter o patrimônio deixado por alguém que falece, por transmissão que se opera legalmente ou por força de testamento.

Como se sabe, “alguém pode ser meeiro e herdeiro, como pode ser meeiro sem ser herdeiro, ou herdeiro sem ser meeiro, e estas posições jurídicas têm causa diversa, são diferentes, e se baseiam em motivos e regras distintas”.¹⁷

A principal crítica ao *caput* do artigo 1.790 encontra-se na total discriminação entre o sobrevivente-cônjuge e o sobrevivente-companheiro.

Sem dúvida, o artigo 1.790 do Código Civil atual representa um grande retrocesso em relação à matéria de sucessão entre companheiros, face à promulgação da Constituição de 1988, da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96, posteriores à Emenda 358. É preciso lembrar que a inclusão da expressão “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” ocorreu na fase final, apenas na Câmara dos Deputados, não atendendo à bicameralidade exigida pela Constituição Federal de 1988, daí decorrendo inconstitucionalidade formal. Mesmo que se considerasse a possibilidade de adequação do texto do projeto às leis já então vigentes, como facultado pela Resolução 01/2000 do Congresso Nacional, a inserção feita na Câmara não correspondia a qualquer norma legal vigente antes do novo Código Civil; o que existia quanto aos bens adquiridos pelo esforço comum durante a convivência era o direito à partilha, direito à meação, como previsto no artigo 5º da Lei 9.278/96, que, evidentemente, não equivale a direito a herança.

3.3.3 - CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO COM OS DESCENDENTES DO *DE CUJUS*

Passando à análise dos incisos do artigo 1.790 do novo Código Civil, constata-se que o companheiro concorre com os filhos comuns em quinhão igual ao que for atribuído a cada filho, como se encontra no inciso I, nos limites do *caput* do artigo, isto é, somente em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Nesse ponto se manifesta também o tratamento discriminatório em relação ao companheiro. É que o cônjuge, quando concorre com filhos comuns, tem assegurada, no mínimo, uma quarta parte da herança (artigo 1.832). Assim, havendo, por exemplo, dez filhos comuns, o cônjuge receberá mesmo assim um quarto da herança, sendo os outros três quartos divididos entre os dez filhos. Esse direito de quinhão mínimo, entretanto, não é estendido ao companheiro.

Na concorrência com descendentes só do autor da herança, terá direito o companheiro à metade do quinhão que couber ao filho, de acordo com o inciso II.

A lei não prevê qual seria a participação se o companheiro falecido deixar filhos comuns e, ao mesmo tempo, filhos exclusivamente seus. Qual será aí a participação do companheiro sobrevivente? Sabe-se que os filhos têm direitos iguais na herança de seu ascendente. Como resolver esta situação híbrida?

Algumas propostas já foram aventadas na doutrina no sentido de dar solução a este problema, valendo reproduzir as opções apontadas por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁸. A primeira solução que apresenta é a identificação dos descendentes como se todos fossem filhos comuns, com a aplicação do inciso I do artigo 1.790 do novo Código Civil. Refuta tal posição por entender que fere a vontade do legislador.

No entanto, encontramos autores favoráveis a esta primeira opção, como o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos que afirma: “Em uma interpretação que entendo deva ser favorável ao companheiro, a solução mais justa aponta no sentido de atribuir a este, quinhão igual ao de cada um dos filhos”.¹⁹ É certo que é mais benéfica para o companheiro, mas é prejudicial aos filhos.

Também Inácio de Carvalho Neto, em recente artigo na *Revista Brasileira de Direito de Família*, ao analisar a concorrência do companheiro sobrevivente com filhos comuns e não comuns, conclui que, se os incisos I e II do artigo 1.790 são incompatíveis entre si, em vista da necessidade de igualdade dos quinhões de todos os filhos, “parece-nos prevalecer, neste caso, a regra do inciso I, dividindo-se igualmente a herança por todos”²⁰.

Da mesma forma de pensar é Sílvio de Salvo Venosa que, ao comentar o artigo 1.790 do novo Código Civil, afirma que “se houver filhos comuns com o *de cujus* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualitariamente, incluindo o companheiro ou companheira”. Isso porque, segundo o autor, “não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários”²¹.

Outras três soluções são trazidas e refutadas pela professora Hironaka: a) a identificação de todos os descendentes como sendo filhos exclusivos do autor da herança, sendo aplicado então o inciso II do artigo 1.790 – direito do companheiro sobrevivente à metade do quinhão que couber a cada filho; b) estipulação de uma quota e meia ao companheiro sobrevivente, fazendo assim a junção dos incisos I e II; c) ou, finalmente, uma quarta solução se refere à subdivisão proporcional da herança de acordo com o número de filhos comuns e os filhos exclusivos do finado e, em relação a cada uma dessas sub-

divisões, incidiria o direito do companheiro sobrevivente, isto é, na parte relativa aos filhos comuns caberia ao convivente um quinhão igual aos filhos, na conformidade do inciso I do artigo 1.790; e, na parte referente aos filhos exclusivos do *de cujus*, caberia ao companheiro a metade do quinhão de cada filho para atender ao inciso II do artigo 1.790, somando-se as quotas do companheiro obtidas em cada uma destas sub-heranças formando o quinhão a ele cabível.

Como visto, nenhuma das opções apresentadas resolve o impasse. Parece-nos, mais justo, no entanto, uma quinta opção que passaremos a expor. Havendo filhos comuns e também filhos exclusivos do *de cujus*, o companheiro sobrevivente, numa correlação entre os incisos I e II do artigo 1.790, teria direito a um quinhão equivalente ao valor entre meio e um quinhão destinado aos filhos, obtido o valor deste, através de média aritmética ponderada, levando-se em conta o número de filhos comuns e o número de filhos exclusivos do outro (número de filhos comuns multiplicado por peso 1; número de filhos exclusivos do autor da herança multiplicado por peso 1/2; dividindo-se a soma destes dois produtos pelo total de filhos, obtendo-se o quinhão do companheiro). É evidente que, se o número de filhos comuns for o mesmo do número de filhos exclusivos do outro companheiro, o sobrevivente receberá 75% do que couber a cada filho²².

Parece-nos que esta é a melhor solução, por ser mais eqüitativa.

3.3.4 - CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS

Ainda dispõe o artigo 1.790 em seu inciso III que, se o companheiro sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Quem são estes outros parentes sucessíveis? Conforme o artigo 1.829, os ascendentes e os colaterais do autor da herança, lembrando que, se colaterais só até o quarto grau.

Quando o companheiro concorrer com o pai e a mãe do *de cujus* receberá a terça parte do acervo hereditário, somente em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência. Se concorrer apenas com o pai ou com a mãe, ou ainda, com ascendentes mais distantes receberá ainda a terça parte desta herança, ao passo que o cônjuge, em situação idêntica a esta última, receberia a metade da herança total.

Além deste aspecto, o companheiro fica em situação muito pior que o cônjuge, quando não existirem descendentes nem ascenden-

tes, mas apenas colaterais, porque, neste caso, o cônjuge sobrevivente herdaria a totalidade da herança, conforme o artigo 1.838 do novo Código Civil. Enquanto isto, o companheiro terá direito a herdar um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, quando concorrer com colaterais até o quarto grau, o que evidentemente é um grande retrocesso em relação ao que dispunha a Lei 8.971/94, em que, na falta de ascendente ou descendente, o companheiro teria direito à totalidade da herança²³.

O próprio relator do projeto do Código Civil na Câmara dos Deputados, Ricardo Fiúza, apresentou, em junho de 2002, o Projeto 6.960/02, propondo várias alterações no Código Civil, inclusive, quanto aos direitos sucessórios dos companheiros, com a justificativa de que "O art. 1.790 do Código Civil, tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros, se comparado com a legislação até então em vigor - Leis 8.971/94 e 9.278/96"²⁴. Pela proposta, o artigo 1790 do novo Código Civil passará a ter a seguinte redação:

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III - em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Pela leitura desta proposição do Deputado Fiúza, constata-se uma melhoria na situação do companheiro sobrevivente, nos incisos II e III, inclusive com a previsão de que terá direito à totalidade da herança, na falta de descendentes ou ascendentes, tendo preferência aos colaterais, ficando na mesma situação do cônjuge, colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Quanto à concorrência com os descendentes, piorou a condição do companheiro. No en-

tanto, o projeto propõe, no parágrafo único, o direito real de habitação do companheiro sobrevivente quanto ao imóvel e residência da família, o que resolverá as dúvidas hoje levantadas pela doutrina.

3.3.5 - HAVERÁ POSSIBILIDADE DE O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE CONCORRER COM O CÔNJUGE SEPARADO DE FATO?

O novo Código Civil, no Livro de Família, admite a união estável de pessoa casada mas separada de fato, na conformidade do artigo 1.723, § 1º e, no artigo 1.790, confere direitos sucessórios ao companheiro. Ocorre que, no artigo 1.830, parte final, admite a sucessão do cônjuge separado de fato, mesmo acima de dois anos de separação, se esta não se deu por culpa do cônjuge sobrevivente, trazendo a discussão de culpa para dentro do direito sucessório. Com isso, houve um retrocesso uma vez que, atualmente, até mesmo dentro do Direito de Família, tem sido afastada a discussão de culpa.

Suponhamos uma união estável existente há 15 anos, tendo sido adquiridos vários bens durante a convivência; se falecer um dos parceiros, que era casado, mas separado apenas de fato há 20 anos, não deixando descendentes nem ascendentes, nem parentes sucessíveis, o cônjuge herdará? Ou o companheiro? Qual a solução jurídica?

Conforme salienta Luiz Felipe Brasil Santos,

o artigo 1.830, ao assegurar o direito sucessório ao cônjuge mesmo se já separado de fato, desde que por tempo inferior a dois anos (ou mais, se provado que a ruptura deu-se sem culpa do sobrevivente), cria regra de difícil harmonização com o direito sucessório do companheiro que simultaneamente venha a concorrer com cônjuge nestas condições.²⁵

No caso mencionado, poderá haver direito do cônjuge sobrevivente, se este provar que não teve culpa na separação, o que demanda tempo e não pode ser discutido nos autos do inventário, por ser questão de alta indagação. Fica assim em prejuízo o companheiro, que também pela lei tem direito, mas só poderá definir sua situação ao fim, talvez, de muitos anos de litígio.

Como acrescenta o desembargador gaúcho, “em nenhum momento o Código regra como se dará, neste caso, a divisão dos bens entre o cônjuge (ex) e o companheiro, o que, sem dúvida, vai constituir hercúlea tarefa de construção jurisprudencial”²⁶.

Salienta Sílvia de Salvo Venosa que “não há que se dividir que o sistema admita recebimento de herança do morto concomitantemente para o cônjuge e para o companheiro”²⁷. No entanto, José Luiz Gavião de Almeida afirma que:

“se concorrerem apenas o cônjuge e o companheiro, este deve recolher apenas um terço dos bens conseguidos durante a sociedade familiar da qual participou. Embora a lei fale nesse direito apenas na concorrência com outros parentes sucessíveis e embora o cônjuge não seja parente, melhor é essa solução. Se na concorrência com quem recebe em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, essa é a solução legal, outra não poderia ser a solução se a concorrência se dá com quem recolhe a herança por estar na terceira posição.”²⁸

Entendemos, no entanto, que brevemente casos como este aparecerão no Judiciário exigindo uma solução. Já havia, anteriormente à vigência do novo Código Civil, este problema da concorrência na sucessão entre o companheiro e o cônjuge, nos casos de separados de fato que constituíssem união estável com outra pessoa, tendo em vista o disposto no artigo 2º da Lei 8.971/96. Mas, anteriormente, o cônjuge sobrevivente, pela lei (artigo, 1.611 do Código Civil de 1916), só perderia o direito a suceder se separado judicialmente.

Como antes salientado, a doutrina se inclinava no sentido de que o direito sucessório caberia ao cônjuge, valendo destacar, no entanto, a posição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama de que “o companheiro e o cônjuge sobrevivente herdem conjuntamente a herança deixada pelo falecido”.²⁹

3.3.6 - SITUAÇÃO DO COMPANHEIRO QUANDO INEXISTENTES OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS

Caso não haja nenhum parente sucessível, dispõe o inciso IV do artigo 1.790 que o companheiro herdará a totalidade da herança. Mas qual o alcance da expressão totalidade da herança? É importante frisar que o *caput* do artigo 1.790 refere-se, apenas, aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência. E se houver outros bens do *de cujus*, aí não incluídos? Mesmo assim o companheiro herdará? Já surgiram interpretações divergentes para este dispositivo.

À primeira vista, deve-se interpretar o inciso de acordo com o *caput*, isto é, o companheiro teria direito à totalidade da herança de acordo com o *caput* do artigo 1790, isto é, apenas de todos os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, constituindo os demais bens, herança jacente. Neste sentido, Zeno Veloso afirma que: a

totalidade da herança, mencionada no inciso IV do artigo 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer. Mesmo no caso extremo de o falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do *caput* do artigo 1790, o companheiro sobrevivente só vai herdar os bens que tiverem sido adquiridos na vigência da união estável. Se o *de cujus* possuía outros bens, adquiridos antes de iniciar a convivência, e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situado no Território Federal (art. 1.844).³⁰

Em entendimento contrário, Luiz Felipe Brasil Santos afirma que: a expressão totalidade da herança não deixa dúvida de que abrange todos os bens deixados, sem a limitação contida no *caput*. Evidente a antinomia entre a cabeça do artigo e seu inciso. Entretanto, uma interpretação construtiva, que objetive fazer, acima de tudo, justiça, pode extrair daí a solução que evite a injustiça e o absurdo de deixar um companheiro, em dadas situações, no total desamparo. Portanto, não havendo outros herdeiros, o companheiro, por força do claro comando do inciso IV, deverá receber não apenas os bens havidos na constância da relação, mas a totalidade da herança.³¹

Além disso, ante a incongruência entre o *caput* e o inciso IV do artigo 1.790, pode-se recorrer a uma interpretação sistemática confrontando este dispositivo com o previsto no artigo 1.844 do mesmo Código que regula a ocorrência de herança jacente, ao preceituar que “não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”. A contrário senso, só haverá herança jacente se não existente alguém mencionado no artigo, inclusive o companheiro, como expressamente ali se encontra. Então, havendo companheiro sobrevivo, não poderá haver herança jacente.

Considerando ainda a proteção constitucional à família insculpada no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, inclusive à união estável, pode-se entender que o inciso IV do artigo 1.790 alcance todos os bens do *de cujus*, não só os adquiridos onerosamente durante a convivência, preferindo-se o companheiro ao município. Além disso, há de se considerar que a limitação da herança do companheiro sobrevivo aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável,

prevista no *caput* do 1.790, padece de inconstitucionalidade formal, dado que não obedeceu ao princípio da bicameralidade como explicitado anteriormente.

3.3.7 - É O COMPANHEIRO HERDEIRO NECESSÁRIO? TERÁ DIREITO REAL DE HABITAÇÃO?

Com o novo Código, o cônjuge sobrevivente passa a desfrutar da condição de herdeiro necessário, conforme preceitua o artigo 1.845, tendo, ainda, o direito real de habitação quanto ao imóvel destinado à residência da família, qualquer que seja o regime de bens, como estabelecido no artigo 1.831, o que não foi atribuído ao companheiro. Assim, não havendo outros herdeiros necessários, o *de cujus* poderá testar a integralidade de seu patrimônio a outrem, deixando o companheiro ao desamparo, ressalvada a possível meação, quando for o caso. Será que poderia a lei desigualar o tratamento dado ao companheiro em relação ao cônjuge? Alguns acreditam que sim, por entenderem que a Constituição não igualou a união estável ao casamento, ao estabelecer que a lei deveria facilitar a conversão da união estável em casamento, o que significaria ter considerado o casamento em uma posição de supremacia. No entanto, é um ponto de controvérsia a ser dirimido pelo Judiciário.

Quanto ao direito real de habitação, em analogia com a situação garantida ao cônjuge, informa a doutrina a possibilidade de se entender que o artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 não fora revogado pelo novo Código Civil, persistindo assim o direito real de habitação do companheiro³². Para Sílvio de Salvo Venosa, “é perfeitamente defensável a manutenção deste direito no sistema do Código de 2002”³³. Esse é outro ponto polêmico a ser enfrentado pelo Judiciário.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sucessórios dos companheiros, reconhecidos a partir da Lei 8.971/94 e 9.278/96, sofreram retrocesso com o novo Código Civil que limitou a incidência do direito à herança do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, dispositivo esse de duvidosa constitucionalidade, tendo em vista não atender ao princípio da bicameralidade. Além disso, colocou o companheiro em situação bastante inferior ao cônjuge quanto à sucessão.

O novo Código melhorou a posição do cônjuge-supérstite naquilo que respeita à sucessão, ampliando seus direitos. Era de se es-

perar que o companheiro-sobrevivente mantivesse sua condição respeitada, já reconhecida nas leis anteriores. Afinal, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, no dizer do artigo 226 da Constituição Federal, e a união estável é reconhecida como entidade familiar.

¹ PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. p. 89-90.

² VIANA, Marco Aurélio S. *Da união estável*. São Paulo: Sarai-va, 1999. p. 11-12.

³ CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1997. p. 111.

⁴ A partir daí, denominam-se companheiros ou conviventes os integrantes de uma união estável, reservando-se a palavra concubinos para os que participam do concubinato impuro.

⁵ Concubina, no dizer da jurisprudência, é a amante, a mulher dos encontros velados, freqüentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima (...) A companheira, por seu turno, é a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que a apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem. (Resp 196/RS – Recurso Especial – Ministro Sálvio de Figueiredo – STJ).

⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 516.

⁷ União estável – Sucessão – Lei vigente. Antes da edição da Lei 8.971/94, o colateral do “de cujus” recebia a herança, à falta de descendente, ascendente ou cônjuge sobrevivente (art. 1.603 do CC) (Resp 153028/RS – Recurso Especial (1997/0076320-0) – Ministro Relator: Ruy Rosado de Aguiar - DJ data: 16/03/1998 – Pg: 00166 – Data da decisão: 02/12/1997 – Órgão Julgador: T4 Quarta Turma – STJ). No mesmo sentido: Resp 79511/GO. Em sentido contrário: Sucessões – União Estável – Ausência de herdeiros necessários. Consolidação da sucessão no parceiro sobrevivente. Embora a união tenha

se desfeito antes da Lei 8.971/94, pelo óbito de um dos conviventes, não havendo herdeiros necessários, a sucessão se consolida no parceiro sobrevivente, pois a legislação sobre a relação estável apenas regulamentou o que a Constituição já prescrevia. Agravo improvido, por maioria. (Agravo de Instrumento nº 70000074146, sétima câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 29/09/99).

⁸ O novo Código Civil também trata da matéria, em seu artigo 1.787, prevendo que a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão regula a legitimação para suceder, prevendo ainda nas disposições transitórias, em seu art. 2.041, que as disposições do Código relativas a ordem de vocação hereditária não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência.

⁹ Legado – Concubina. A vedação do artigo 1.719, III do Código Civil não abrange a companheira de homem casado, mas separado de fato. E como tal se considera a mulher que com ele mantém união estável, convivendo como se casados fossem. (Resp 73234/RJ – Recurso Especial (1995/0043757-0) – Ministro Relator Eduardo Ribeiro – DJ data 06/05/1996 – Data da decisão: 15/12/1995 – Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma do STJ). No mesmo sentido: REsp n. 192.976-0 – RJ. Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Quarta Turma. Unânime. DJ 20.11.2000

¹⁰ OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável: comentários às Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 direitos e ações dos companheiros*. São Paulo: Paloma, 1999. p. 70.

¹¹ CZAJKOWSKI, Rainer. op. cit. p. 148.

¹² CZAJKOWSKI, Rainer. op. cit. p. 145-147.

¹³ OLIVEIRA, Euclides de. op. cit. p. 64.

¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 385.

¹⁵ CIVIL. TESTAMENTO. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem o di-

reito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira. (RESP 191393 / SP; Recurso Especial 1998/0075312-5 – Ministro Relator WALDEMAR ZVEITER - DJ DATA: 29/10/2001 - PG: 00201 - RDR VOL.: 00022 PG:00249 – Data da decisão: 20/08/2001 – Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma)

¹⁶ Para a elaboração desta parte, valemo-nos principalmente do excelente trabalho de ZENO VELOSO – jurista brasileiro contemporâneo, da Universidade Federal do Pará – trabalho esse denominado *Do direito sucessório dos companheiros*, p. 225-237, que, entre outros, compõe a obra coletiva denominada *Direito de Família e o novo Código Civil*, lançado pela Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 262.

¹⁷ VELOSO, Zeno. “Do direito sucessório dos companheiros”. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 232.

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: Parte Especial do Direito das Sucessões – Da Sucessão em geral: da Sucessão Legítima*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 61.

¹⁹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no novo Código Civil. Migalhas*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=1047>. Acesso em: 8 fev. 2003.

²⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. “A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 15, p. 35, 2002.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Direito das Sucessões*. v. 7. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 121.

²² Entretanto, se isto não ocorrer, o quinhão será calculado conforme o exemplo que segue, considerando como herança: R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais); filhos comuns = 3; Filhos exclusivos do finado = 2 e cuja solução seria:

O convivente teria o seguinte valor: . Sendo cinco filhos herdeiros, cada um receberia um quinhão e o convivente quatro quintos, logo, $5 \times \frac{1}{5} + \frac{4}{5} = \frac{29}{5}$. A herança líquida de R\$ 130.000,00 seria dividida por $\frac{29}{5}$ resultando R\$ 22.413,79 (valor que caberá a

cada filho). E 4/5 de R\$ 22.413,79 corresponde a R\$ 17.931,03 (dezesete mil e novecentos e trinta e um reais e três centavos), valor que caberia ao companheiro sobrevivente.

Com efeito, procedendo à verificação: $5 \times \text{R\$ } 22.413,79 + \text{R\$ } 17.931,03 = \text{R\$ } 129.999,98$

²³ UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - AÇÃO DECLARATÓRIA - CONVIVENTE FALECIDO - DIREITO SUCESSÓRIO - DESCENDENTES OU ASCENDENTES - INEXISTÊNCIA - COMPANHEIRO SOBREVIVENTE - TOTALIDADE DA HERANÇA - LEI VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO - APLICAÇÃO - Sendo a capacidade para suceder a do tempo da abertura da sucessão, nos moldes preconizados pela lei em vigor, consoante estabelece o art. 1.577 do CC, óbvio concluir, então, que a Lei nº 8.971/94 é aplicável na sucessão de convivente que teve a união familiar iniciada antes de sua vigência, vez que a Lei Superveniente nº 9.278/96, destinada a regular o § 3º do art. 226 da CF, disciplinando a união estável, dando a ela status de entidade familiar em decorrência da convivência duradoura, pública e contínua de homem e mulher com objetivo de constituição de família, não alterou aquele diploma legal na parte referente aos direitos sucessórios. Tratando-se de união estável reconhecida como entidade familiar, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança quando o falecido não deixar descendentes ou ascendentes. O fato de os bens serem, ou não, adquiridos pelo esforço comum, na constância da convivência, só tem relevo quando se tratar de dissolução de sociedade de fato ou de entidade familiar para fins de partilha, mas não no direito sucessório, cuja ordem de vocação hereditária é aquela ditada pela lei que estiver em vigor à época do óbito, a teor do contido no art. 1.577 do CC. (TJMG - AC 130.322-1 - 4ª C.Cív. - Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - J. 04.02.1999/02.04.1999) (JM 147/189)

²⁴ Projeto de Lei 6.960/2002 disponível em <<http://www.camara.gov.br/internet/sileg/integras/50233.htm>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2003.

²⁵ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no novo Código Civil. Migalhas*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=1047>. Acesso em: 8 fev. 2003.

²⁶ Idem.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. v. 7. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 122.

²⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003. p. 73.

²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 385.

³⁰ VELOSO, Zeno. "Regimes matrimoniais de bens" In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 233-234.

³¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no novo Código Civil*. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=1047>. Acesso em: 8 fev. 2003.

³² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. op. cit. p. 56.

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Os direitos sucessórios na união estável*. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/>>. Acesso em: 8 fev. 2003.